

VU Research Portal

Een Papillon fiscale eenheid met derde landen? Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag biedt uitkomst!

Boulogne, G.F.

published in

Weekblad voor fiscaal recht
2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Boulogne, G. F. (2010). Een Papillon fiscale eenheid met derde landen? Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag biedt uitkomst! *Weekblad voor fiscaal recht*, 2010(6876), 1255-1263.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

EEN PAPILLON FISCALE EENHEID MET DERDE LANDEN? ART. 24, VIJFDE LID, OESO-MODELVERDRAG BIEDT UITKOMST!

MR. G.F. BOULOGNE*

1 Inleiding

Het fiscale-eenheidsregime van art. 15 Wet VPB 1969 voorziet niet in de vorming van een fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij indien de dochtermaatschappij – de tussenhoudster – in het buitenland is gevestigd. Evenmin is een fiscale eenheid mogelijk tussen twee in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen die worden gehouden door een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij.¹ Na de uitspraak van het HvJ EU in de zaak-Papillon lijkt er in de literatuur weinig twijfel over te bestaan dat deze zogenoemde Papillon fiscale eenheden mogelijk moeten zijn indien de tussenhoudster respectievelijk moedermaatschappij in een EU-lidstaat is gevestigd.² In deze bijdrage wordt eerst de vraag behandeld of de zaak-Papillon ook van toepassing is indien de tussenhoudster respectievelijk moedermaatschappij in een derde land is gevestigd. Deze bijdrage staat echter vooral in het teken van de vraag of art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag in een dergelijk geval uitkomst biedt.³

2 Het fiscale-eenheidsregime

2.1 Vestigingsplaats

Art. 15, derde lid, onderdeel c, Wet VPB 1969, vereist dat de te voegen belastingplichtigen feitelijk in Nederland zijn gevestigd. Ingeval op een belastingplichtige de Belastingregeling voor het Koninkrijk dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is, dan dient die belastingplichtige tevens volgens die regeling onderscheidenlijk dat verdrag in Nederland te zijn gevestigd. Op grond van art. 15, vierde lid, tweede

**'Kortom, zonder voeging
van de dochtermaatschappij
geen voeging van de
kleindochtermaatschappij'**

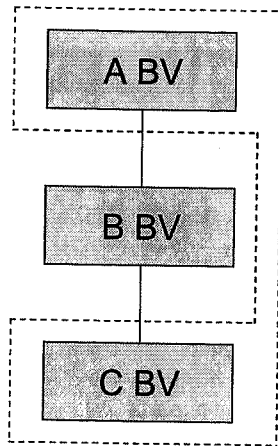
volzin, Wet VPB 1969, kan een belastingplichtige die niet in Nederland is gevestigd, maar wel een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, in een fiscale eenheid worden opgenomen.⁴ Een belastingplichtige die niet feitelijk in Nederland is gevestigd en geen onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting kan niet in een fiscale eenheid worden opgenomen.

* Verbonden aan PricewaterhouseCoopers en aan de Vrije Universiteit Amsterdam. De auteur verricht promotieonderzoek naar de tekortkomingen in de EU-fusierichtlijn.

- 1 In deze bijdrage maak ik onderscheid tussen Nederland, EU-lidstaten en derde landen. De tot de Europese Economische Ruimte behorende landen Liechtenstein, Noorwegen en IJsland ('EER-landen') maken door middel van de EER-overeenkomst onderdeel uit van de interne markt. De analyse in deze bijdrage voor EU-lidstaten geldt onverkort voor EER-landen.
- 2 HvJ EG 22 november 2008, zaak C-418/07 (*Société Papillon*), V-N 2008/59.20.
- 3 OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, juli 2008.

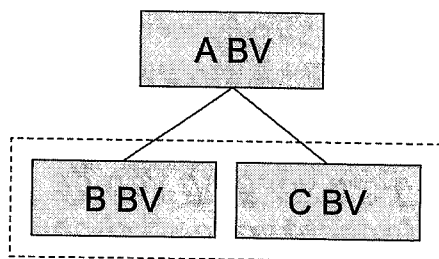
- 4 Voor een uitgebreide beschouwing van deze bepaling verwijs ik naar G.F. Boulogne, art. 15, vierde lid, Wet VPB 1969: strijdigheid met de vrijheid van vestiging en de non-discriminatiebepalingen, WFR 2010/6864. De buitenlandse belastingplichtige maakt slechts voor het gedeelte van zijn in Nederland aanwezige vaste inrichting deel uit van de fiscale eenheid.

2.1.1 Moeder- en kleindochtermaatschappij



Op grond van art. 15, tweede lid, Wet VPB 1969, is een fiscale eenheid tussen een moeder- en kleindochtermaatschappij (met 'uitsluiting' van de tussenhoudster) niet mogelijk. Deze bepaling vereist dat de aandelen in de kleindochtermaatschappij worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken. Kortom, zonder voeging van de dochtermaatschappij geen voeging van de kleindochtermaatschappij.

2.1.2 Twee zustermaatschappijen



Een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen (met 'uitsluiting' van de moedermaatschappij) is niet mogelijk aangezien geen van de zustermaatschappijen ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de andere zustermaatschappij bezit. Aan het bezitsvereiste van art. 15, eerste lid, Wet VPB 1969, is dan niet voldaan.⁵

3 De zaak-Papillon en derde landen

3.1 Bespreking van de zaak-Papillon

De zaak-Papillon betrof een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij die door middel van een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij de aandelen hield in een Franse kleindochtermaatschappij. De in Frankrijk gevestigde belastingplichtigen hadden verzocht om consolidatie van hun resultaten op grond van de Franse 'intégration fiscale' regeling. Deze regeling komt op hoofdlijnen overeen met het Nederlandse fiscale-eenhedsregime. Onder het Franse recht was consolidatie niet toegestaan tussen de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij en haar middellijk (dat wil zeggen: via de niet in Frankrijk gevestigde tussenhoudster) gehouden kleindochtermaatschappij. Het HvJ EU oordeelde dat deze onmogelijkheid een ongelijke behandeling oplevert op grond van de plaats waar zich de zetel van de tussenhoudster bevindt.⁶ Deze belemmering kon niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten of de noodzaak om de samenhang van het Franse belastingstelsel te bewaren.⁷

3.2 Invloed op consolidatieregimes in andere lidstaten⁸

In de literatuur overheerst de opvatting dat na de zaak-Papillon de in onderdeel 2.1.1 en 2.1.2 besproken fiscale eenheden mogelijk moeten zijn indien de tussenhoudster (uit onderdeel 2.1.1) respectievelijk moedermaatschappij (uit onderdeel 2.1.2) gevestigd is in een EU-lidstaat. Dat deze fiscale eenheden niet kunnen worden aangegaan, lijkt immers een ongelijke behandeling te vormen, afhankelijk van de plaats waar zich de zetel bevindt van de tussenhoudster respectievelijk moedermaatschappij. Tevens lijkt sprake te zijn van strijdigheid met de door het HvJ EU voorgestane neutraliteit van vestiging door middel van een vennootschap of vaste inrichting.⁹ De fiscus wijst verzoeken tot vorming van Papillon fiscale eenhe-

⁵ In de parlementaire behandeling heeft de Staatssecretaris van Financiën toegelicht dat voor voeging in een fiscale eenheid een 'direct economisch en juridisch belang' vereist is tussen moeder- en dochtermaatschappij. NV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 22 en 24.

⁶ *Société Papillon*, r.o. 32.

⁷ *Société Papillon*, r.o. 33-62.

⁸ Omwille van de leesbaarheid versta ik hieronder ook 'group-contribution-' en 'group-reliefregelingen'.

⁹ Zie bijvoorbeeld F.A. Engelen, 'De gevolgen van de zaak Papillon voor de Nederlandse fiscale eenheid', NTFR 2009/73; J.J.A.M. Korving, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen in de winstfeer', TFO 2010/74, en de aantekening van de redactie in V-N 2010/12.19. Voor het, voor zover mij bekend, enige 'tegengeluid' verwijs ik naar de aantekening van W.F.E.M. Egeltje bij het arrest-Papillon in NTFR 2008/1444.

den tot op heden echter af en dwingt daarmee belastingplichtigen tot gerechtelijke procedures.

Uit de Britse zaak-Philips Electronics volgt dat de zaak-Papillon al zijn invloed heeft doen gelden in het Verenigd Koninkrijk.¹⁰ In deze zaak werd verzocht om overdracht van de verliezen van een in het Verenigd Koninkrijk aanwezige vaste inrichting aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij. De vaste inrichting en dochtermaatschappij hadden een gezamenlijke in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Verliesoverdracht was niet mogelijk omdat de moedermaatschappij niet in het Verenigd Koninkrijk was gevestigd.¹¹ Verder was de mogelijkheid tot verliesoverdracht beperkt tot (dochter-)vennootschappen. Het First Tier Tribunal nam eerst de stap dat volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU een dochtervennootschap en een vaste inrichting niet verschillend mogen worden behandeld door de lidstaat van ontvangst. Vervolgens oordeelde het First Tier Tribunal, onder verwijzing naar de zaak-Papillon dat de uitsluiting van verliesoverdracht in strijd was met de vrijheid van vestiging van art. 49 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

3.3 Papillon-effect beperkt tot EU-maatschappijen

De vraag rijst of de zaak-Papillon ook in de Nederlandse context van toepassing is indien de tussenhoudster (uit onderdeel 2.1.1) respectievelijk moedermaatschappij (uit onderdeel 2.1.2) in een derde land is gevestigd. Het fiscale-eenheidsregime ziet op situaties waarin de moedermaatschappij doorslaggevende invloed heeft op de besluiten van de dochtermaatschappij.¹² Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat toetsing van een dergelijke

lijke regeling slechts plaatsvindt op basis van de vrijheid van vestiging, die geen derdenwerking kent.¹³ Aan toetsing aan de vrijheid van kapitaalverkeer wordt dan niet meer toegekomen.¹⁴ Het antwoord op de vraag of de zaak-Papillon ook van toepassing is op derde landen luidt dus ontkennend.

Het moet echter niet uitgesloten worden geacht dat de wetgever het fiscale-eenheidsregime zal aanpassen als gevolg van een rechterlijke uitspraak. Deze aanpassing zal wellicht eveneens zien op in derde landen gevestigde tussenhoudsters respectievelijk moedermaatschappijen. Een dergelijke 'ruime' wetsaanpassing deed zich bijvoorbeeld voor bij de afschaffing van de aftrekbeperking op deelnemingskosten van buitenlandse deelnemingen (na de zaak-Bosal)¹⁵ en bij de afschaffing van de rechtsvorm-eis in art. 4, tweede lid, onder 1°, Wet DB 1965 (na de zaak-Aberdeen).¹⁶

4 Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag

4.1 Inleiding

In het derde onderdeel is vastgesteld dat Papillon geen soelaas biedt indien de tussenhoudster respectievelijk moedermaatschappij in een derde land is gevestigd. In deze en het volgende onderdeel bespreek ik de vraag of op grond van een met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag overeenkomende bepaling in een door Nederland gesloten verdrag de Papillon fiscale eenheden mogelijk moeten zijn.¹⁷ Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag luidt als volgt:¹⁸

'Ondernemingen van een verdragsluitende staat waarvan het kapitaal geheel of ten dele onmiddellijk of middellijk in het bezit is van, of wordt beheerst door één of meer inwoners van de andere verdragsluitende staat, worden in

10 Zie het Britse First-Tier Tribunal 28 juli 2009, SC 3124/08 (Philips Electronics UK Limited and the Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs), beschikbaar op bailii.org.

11 Section 406(2), Income and Corporation Taxes Act 1988.

12 Art. 15, eerste lid, Wet VPB 1969 vereist dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij.

13 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars), BNB 2002/42, r.o. 22, en HvJ EG 25 februari 2010, zaak C-337/08 (X Holding BV), V-N 2010/12.19.

14 Zie bijvoorbeeld S. Hemels e.a., 'Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ', EC Tax Review 2010/1, blz. 19-31, en D.S. Smit, 'The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?', EC Tax Review 2007/6, blz. 252-267.

15 Zie HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal Holding BV), BNB 2003/344.

16 Zie HvJ EG 18 juni 2009, zaak C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy), V-N 2009/29.9.

17 Zie de door Nederland gesloten verdragen met Australië (1976) en Nieuw-Zeeland (1981) waarin een met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag overeenkomende non-discriminatiebepaling ontbreekt. Ik merk op dat de analyse met betrekking tot art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag eveneens van toepassing is indien de tussenhoudster respectievelijk moedermaatschappij in een EU-lidstaat is gevestigd.

18 Vertaling van G. Colot en S. Verschuere, 'Toetsing van de fiscale eenheid in Luxemburg aan het verdragsrechtelijk non-discriminatiebeginsel en de Europese vrijheid van vestiging', Tijdschrift voor fiscaal recht 2008, blz. 348. 'Overeenkomstsluitende staat' is vervangen door 'verdragsluitende staat'.

de eerstbedoelde staat niet onderworpen aan enige belastingheffing of daarmee verband houdende verplichting die anders of zwaarder is dan de belastingheffing en daarmee verband houdende verplichtingen waaraan andere soortgelijke ondernemingen van die eerstbedoelde staat zijn of kunnen worden onderworpen.'

Hierna worden de verschillende elementen van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag afzonderlijk behandeld.

4.2 Drie elementen

4.2.1 'Anders of zwaarder'

Een dochtermaatschappij met een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij mag niet worden onderworpen aan een belastingheffing die anders of zwaarder is dan de heffing van een soortgelijke dochtermaatschappij. Onder een 'zwaardere' belastingheffing moet mijns inziens worden verstaan het betalen van meer belasting of het versneld of vervroegd betalen van belasting. Wat onder een 'andere' belastingheffing wordt verstaan, kan worden verduidelijkt aan de hand van een Zweeds arrest.¹⁹

.....

**'Het aandelenbezit
door de buitenlandse
moedermaatschappij moet
ook de daadwerkelijke reden
zijn van de andere of
zwaardere belastingheffing
van de binnenlandse
dochtermaatschappij'**

.....

Een in Zweden gevestigde moedermaatschappij hield via een in de Verenigde Staten gevestigde dochtermaatschappij de aandelen in een in Zweden gevestigde kleindochtermaatschappij. Winstoverdracht van de winstmakende moedermaatschappij aan de verlieslijdende kleindochtermaatschappij was niet toegestaan omdat deze kleindochtermaatschappij niet via een in Zweden

gevestigde tussenhoudster werd gehouden. Strikt genomen leidde de onmogelijkheid tot winstoverdracht vanuit het perspectief van de kleindochtermaatschappij niet tot een 'zwaardere' belastingheffing. Die betaalde in het verliesjaar immers geen vennootschapsbelasting. De hoogste Zweedse rechter stelde echter vast dat de Zweedse kleindochtermaatschappij vanwege haar in de Verenigde Staten gevestigde aandeelhouder was onderworpen aan een 'andere' belastingheffing dan een dochtermaatschappij met een in Zweden gevestigde moedermaatschappij en concludeerde dat dit in strijd was met de in het verdrag tussen Zweden en de Verenigde Staten met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag overeenkomende bepaling.

4.2.2 'Onmiddellijk of middellijk in het bezit van, of wordt beheerst door'

Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag betreft ondernemingen van een verdragsluitende staat waarvan het aandelenkapitaal middellijk of onmiddellijk in het bezit is van, of wordt beheerst door een of meer inwoners van de andere verdragsluitende staat.²⁰ Het zijn van (de enige) crediteur kwalificeert in dit opzicht niet.²¹ Het aandelenbezit door de buitenlandse moedermaatschappij moet ook de daadwerkelijke reden zijn van de andere of zwaardere belastingheffing van de binnenlandse dochtermaatschappij. Dat dit niet altijd het geval is, kan worden geïllustreerd aan de hand van de Britse zaak-Boake Allen.²²

In deze zaak was een dividenduitkering door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappij aan haar in het buitenland gevestigde moedermaatschappij onderworpen aan Advance Corporation Tax (hierna: ACT), een voorheffing op de door de dochtermaatschappij te betalen vennootschapsbelasting. De ontvangers van het dividend konden de ACT verrekenen. Indien de buitenlandse moedermaatschappij inwoner van het Verenigd Koninkrijk was geweest – en zelf aan ACT was onderworpen – dan had zij samen met haar Britse dochtermaatschappij een groep kunnen vormen, waarbinnen dividenden zonder ACT konden worden uitgekeerd.²³ Dit zou voor

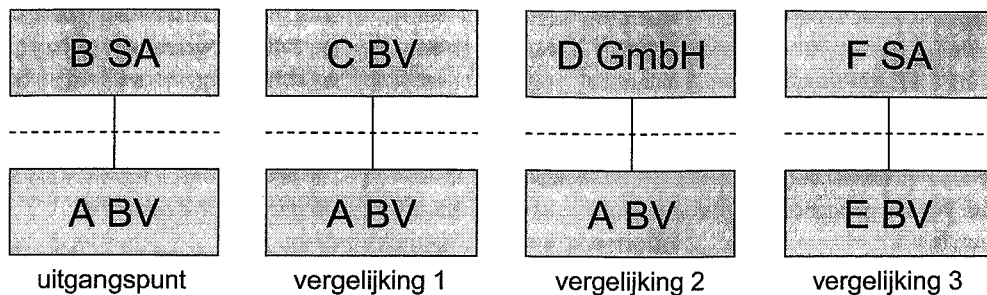
19 Zie het arrest van de Zweedse Regeringsrätten, RÅ 1993 ref. 91 I. Voor een behandeling van de zaak wordt verwezen naar R.A. Papotti, *Treaty Non-Discrimination Clauses in Group Consolidation Situations*, INTERTAX 2003/10, blz. 320-328.

20 De termen 'onderneming', 'inwoner' en 'verdragsluitende staat' worden in het OESO-modelverdrag gedefinieerd. Omwille van de leesbaarheid van deze bijdrage zullen deze termen niet worden behandeld.

21 Zie K. Vogel, *On Double Taxation Conventions*, blz. 1147, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991.

22 Zie het arrest van 23 mei 2007 van het Britse House of Lords (Boake Allen Limited and others vs. Her Majesty's Revenue and Customs) 2007, UKHL 25. Voor een bespreking van deze zaak verwijs ik naar G. Airs, 'Boake Allen Limited and Others v HMRC – group income elections and non-discrimination', *British Tax Review* 2007/46, blz. 604-608.

23 Section 247, *Income and Corporations Tax Act 1988*.



de dochtermaatschappij een liquiditeitsvoordeel hebben opgeleverd. Het Britse House of Lords overwoog dat de zwaardere belastingheffing van de Britse dochtermaatschappij niet werd veroorzaakt door de woonplaats van haar buitenlandse aandeelhouders, maar door het feit dat deze niet aan ACT waren onderworpen. Om die reden slaagde het beroep op art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag niet.²⁴

4.2.3 'Andere soortgelijke ondernemingen'

4.2.3.1 Inleiding

In zijn uit 1986 stammende proefschrift merkte Van Raad al op dat '(t)he qualification 'other similar' is not remarkably precise'.²⁵ De vraag wat 'andere soortgelijke ondernemingen' zijn, is in een aantal rechtszaken onderwerp van geschil geweest. In dit onderdeel wordt de bepaling van dit 'tertium comparationis' toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld.

B SA ('Société Anonyme'), een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij, houdt alle aandelen in A BV, een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij. De vraag is met wie A BV voor toepassing van art. 25, vijfde lid, verdrag tussen Nederland en Frankrijk (overeenkomend met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) moet worden vergeleken (zie bovenstaand schema).

In vergelijking 1 wordt gefingeerd dat B SA een in Nederland gevestigde moedermaatschappij (C BV) is. In vergelijking 2 wordt bekeken of A BV anders of minder zwaar was belast indien zij een andere buitenlandse moedermaatschappij, bijvoorbeeld de in Duitsland gevestigde D GmbH ('Gesellschaft mit beschränkter Haftung'), had

gehad. In vergelijking 3 wordt A BV vergeleken met E BV, een andere in Nederland gevestigde dochtervennootschap met een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij (F SA).

4.2.3.2 Vergelijking 1: C BV

Bekeken wordt of de belastingheffing van A BV anders of minder zwaar was geweest indien A BV, in plaats van B SA, een in Nederland gevestigde moedermaatschappij (C BV) had gehad. Diverse auteurs onderschrijven dat dit de relevante vergelijking is.²⁶ Ook kan dit worden afgeleid uit de rechtspraak op het gebied van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag.²⁷

4.2.3.3 Vergelijking 2: D GmbH

De vergelijking van A BV met een inwoner die in handen is van een andere buitenlandse aandeelhouder (D GmbH) geeft art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag het karakter van een meestbegunstigingsclausule. Dit brengt met zich dat de investering van B SA in A BV niet anders of

26 Zie bijvoorbeeld R.A. Papotti, noot 19; D. Hughes, 'Non-Discrimination: A Consideration of Article 24(5) OECD Model Convention', *Bulletin for International Taxation* 1996/3, blz. 390; D. Francescucci, S. Grilli en W. Oepen in: R. Russo en R. Fontana, *A Decade of Case Law. Essays in honour of the 10th anniversary of the Leiden Adv LLM in International Tax Law*, blz. 142-143, Amsterdam: IBFD 2008, en A.B. Scapa Passalacqua en L.A. Henie, 'The Norwegian Group Contribution System in Cross-Border Situations', *INTERTAX* 2005/3, blz. 39.

27 Zie bijvoorbeeld HR 27 april 1994, nr. 28 674, BNB 1994/210 (kapitaalsbelasting); HR 23 december 1992, nr. 27 843, BNB 1993/71 (overdrachtsbelasting), en HR 16 maart 1994, nr. 27 758, FED 1994/306 (vennootschapsbelasting). Voor buitenlandse rechtspraak verwijs ik naar het arrest van 19 april 2007 van het Luxemburgse Cour administrative, zaak C-21979, beschikbaar op ja.etat.lu; het arrest van 29 januari 2003 van de Duitse Bundesfinanzhof, nr. I R 6-99, IStR 2003, 422, Bundessteuerblatt (2004) II, blz. 1043-1046, en het arrest van het US Court of Appeal van 18 september 2002, UnionBanCal Corporation (successor in interest to Standard Chartered Holdings, Inc. and includable subsidiaries vs. Commissioner of Internal Revenue), 2002-2 USTC (CCH) 50,658, beschikbaar op cases.justia.com.

24 Soortgelijke problematiek is behandeld in HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98 (*Metallgesellschaft Ltd en Hoechst*), BNB 2003/344, en HvJ EG 12 december 2006, zaak C-374/04 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*), BNB 2007/131.

25 Zie C. van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law (Series on International Taxation nr. 6)*, blz. 188, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1986.

zwaarder mag worden behandeld dan de investering in A BV door een vennootschap van een andere staat.²⁸ Hoewel deze lezing niet wordt tegengesproken door het OESO-modelverdrag of het OESO-commentaar, bestaat in de literatuur²⁹ en in de rechtspraak³⁰ consensus dat de term 'soortgelijke ondernemingen' slechts ziet op ondernemingen die worden gehouden door inwoners uit dezelfde staat.³¹

4.2.3.4 Vergelijking 3: E BV

De vraag of A BV vergeleken moet worden met E BV (eveneens een Nederlandse vennootschap met een Franse aandeelhouder) kan worden toegelicht aan de hand van de Indiase zaak-DaimlerChrysler. In casu werd bij de Indiase belanghebbende, met een Duitse beursvennootschap als uiteindelijke aandeelhouder, voorwaartse verliesverrekening geweigerd. Indien de uiteindelijke aandeelhouder in India was gevestigd, dan was verliesverrekening wel mogelijk geweest. Belanghebbende voerde aan dat de weigering van voorwaartse verliesverrekening in strijd was met art. 24, vierde lid, verdrag tussen India en Duitsland (overeenkomend met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) omdat de mogelijkheid tot verliesverrekening afhankelijk werd gesteld van de woonplaats van de uiteindelijke aandeelhouder. De Indiase Deputy Commissioner of Income Tax stelde echter dat van discriminatie geen sprake was omdat alle Indiase vennootschappen van de Duitse aandeelhouder op dezelfde wijze werden behandeld. Verder kon naar zijn mening een Indiase vennootschap met een Duitse aandeelhouder niet worden vergeleken met een Indiase vennootschap met een Indiase aandeelhouder omdat beide vennootschappen zich niet 'in dezelfde positie bevinden'.³² Het Indiase Income Tax Appellate Tribunal volgde de belastingplichtige en oordeelde dat uit art. 24,

vierde lid, verdrag tussen India en Duitsland volgt dat ook een door een Duitse beursvennootschap gehouden onderneming recht heeft op voorwaartse verliesverrekening. Uiteindelijk paste de Indiase rechter dus vergelijking 1 toe.

4.2.3.5 Verhouding tot art. 24, eerste lid, OESO-modelverdrag

Ik merk op dat het door de Deputy Commissioner gestelde vereiste dat de Indiase ondernemingen zich 'in dezelfde positie bevinden' afkomstig is uit art. 24, eerste lid, OESO-modelverdrag. Naar mijn mening is art. 24, eerste lid, OESO-modelverdrag bij de toepassing van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag niet relevant.³³ De achtergrond van het eerste lid is de gelijke behandeling van ondernemen van de ene verdragsluitende staat in de andere verdragsluitende staat. Het vijfde lid verbiedt echter de discriminatie van inwoners van dezelfde staat op basis van het in hen geïnvesteerde kapitaal. De verschillende bepalingen van art. 24, OESO-modelverdrag verbieden discriminatie op verschillende gronden: de ene grond is daarom niet (noodzakelijk) relevant bij de andere grond.³⁴

5 Toepassing van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag op de fiscale eenheid

5.1 Casus

Twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen, die worden gehouden door een in Japan gevestigde moedermaatschappij, willen een fiscale eenheid vormen. Zoals uiteengezet in onderdeel 2.1.2 is dit op grond van de Nederlandse wet niet mogelijk. Biedt art. 25, vierde lid, verdrag tussen Nederland en Japan (overeenkomend met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) uitkomst?

5.1.1 'Anders of zwaarder'

Uit het fiscale-eenheidsregime, dat aansluit bij de winst behaald op groepsniveau, volgt dat de andere of zwaardere belastingheffing eveneens op groepsniveau moet worden vastgesteld. Stel dat zustermaatschappij A een winst behaalt van 100 en zustermaatschappij B een verlies lijdt van (200). Indien A en B een fiscale eenheid kunnen vormen, zijn zij geen vennootschapsbelasting

28 Art. 25, vijfde lid, verdrag tussen de Verenigde Staten en Canada (overeenkomend met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) is vormgegeven als meestbegunstigingsclausule ('owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of a third State').

29 Zie bijvoorbeeld G. Colot en S. Verschueren, noot 18; J.F. Avery Jones e.a., 'The non-discrimination article in tax treaties', *European Taxation* 1991, blz. 339, en R.A. Papotti, noot 19.

30 Zie de in noot 27 aangehaalde rechtspraak.

31 Ook de bij art. 24 betrokken 'Working Group' van het OESO concludeert dat 'the right comparator for the purposes of paragraph 5 was a domestic enterprise owned by residents but agreed that there was no need to clarify this issue in the Commentary as long as there was no practical reason to do so'. OECD Centre for Tax Policy and Administration, *Application and Interpretation of Article 24 (Non discrimination)*, Public Discussion Draft van 3 mei 2007, beschikbaar op oecd.org.

32 Zie het arrest van het Indiase Income Tax Appellate Tribunal, Pune Bench, Pune, ITA Nr. 968/PN/03, par. 47.

33 Zie in dezelfde zin C. van Raad, 'Grensoverschrijdende fiscale eenheden: hoe ver reikt de bescherming van de non-discriminatiegeboden?', *WFR* 1994/1717.

34 Zie de 'General Remarks' bij art. 24, OESO: 'This Article deals with the elimination of tax discrimination in certain precise circumstances' en 'The various provisions of Article 24 prevent differences in tax treatment that are solely based on certain specific grounds (e.g. nationality, in the case of paragraph 1)'.

verschuldigd, terwijl zonder fiscale eenheid, A vennootschapsbelasting is verschuldigd over 100. Op groepsniveau leidt het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid dus tot een zwaardere belastingheffing.³⁵

'Dit doet niets af aan het feit dat voor art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag slechts relevant is of een fiscale eenheid met de zustermaatschappijen mogelijk was geweest indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd'

Ten overvloede merk ik op dat ook op individueel niveau het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid leidt tot een andere of zwaardere belastingheffing. Een zwaardere belastingheffing op het niveau van A: zonder fiscale eenheid is zij immers daadwerkelijk vennootschapsbelasting verschuldigd ('cash-out'). Net als de verlieslijdende kleindochtermaatschappij uit onderdeel 4.2.1, is B onderworpen aan een andere belastingheffing.

5.1.2 'Onmiddellijk of middellijk in het bezit van, of wordt beheerst door'

Het aandelenbezit door de in Japan gevestigde moedermaatschappij veroorzaakt de zwaardere belastingheffing van de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. Immers, indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd, was een fiscale eenheid met de zustermaatschappijen mogelijk geweest. Wellicht kan hiertegen ingebracht worden dat een fiscale eenheid ook mogelijk was geweest indien de in Japan gevestigde moedermaatschappij in Nederland een onderneming zou drijven door middel van een vaste inrichting, waaraan de aandelen in de twee zustermaatschappijen toerekenbaar waren. De belastingplicht van de Japanse moedermaatschappij, en niet haar woonplaats, zou dan de reden zijn van de zwaardere belastingheffing. Deze opvatting

sniijdt geen hout. Dat een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij in een fiscale eenheid kan worden opgenomen, volgt uit art. 24, derde lid, OESO-modelverdrag. Dit doet niets af aan het feit dat voor art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag slechts relevant is of een fiscale eenheid met de zustermaatschappijen mogelijk was geweest indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd.

5.1.3 'Andere soortgelijke ondernemingen'

De relevante vergelijking op basis van art. 25, vierde lid, verdrag tussen Nederland en Japan is die tussen twee zustermaatschappijen met een in Japan gevestigde aandeelhouder en twee zustermaatschappijen met een in Nederland gevestigde aandeelhouder. Indien de zustermaatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen met een in Nederland gevestigde moedermaatschappij, dan volgt uit art. 25, vierde lid, dat dit eveneens moet worden toegestaan in het geval zij een Japanse aandeelhouder hebben.³⁶

Een 'hobbel' is dat een fiscale eenheid tussen twee zustermaatschappijen die worden gehouden door een in Nederland gevestigde moedermaatschappijen niet mogelijk is zonder voeging van de moedermaatschappij. Deze verplichte voeging van de moedermaatschappij heeft naar mijn mening echter geen inhoudelijke betekenis. Mijns inziens zou dit dan ook geen grond moeten zijn voor weigering van een fiscale eenheid met twee zustermaatschappijen die worden gehouden door een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij.

5.1.4 Beperking van het heffingsrecht

Op grond van art. 8 van het verdrag tussen Nederland en Japan heeft Japan het exclusieve heffingsrecht ten aanzien van de ondernemingswinsten van de Japanse moedermaatschappij. Voor de vorming van een fiscale eenheid op grond van art. 25, vierde lid, verdrag tussen Nederland en Japan zal de Japanse moedermaatschappij daarom worden aangemerkt als een buitenlandse belastingplichtige, die in Nederland belastingplichtig is voor het resultaat van de twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. De zustermaatschappijen worden in feite

³⁵ Voor een overzicht van nadelen van het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid, zie HvJ EG 19 november 2009, zaak C-337/08 (X Holding BV), V-N 2009/49.22 (concl. A-G Kokott).

³⁶ Tot eenzelfde conclusie kwam de Zweedse Regeringsrätten in een zaak waarin twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen werden gehouden door een in Zweden gevestigde moedermaatschappij. Zie het arrest van de Zweedse Regeringsrätten van 19 november 1987, RÅ ref. 2225-1987. Zie ook C. van Raad, 'Non-discrimination under tax treaties regarding groups of companies' in: G. Maisto, *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies (EC and International Tax Law Series: Volume 4)*, blz. 162, Amsterdam: IBFD 2008.

behandeld als vaste inrichtingen van de Japanse moedermaatschappij.³⁷

Deze uitkomst leidt naar mijn mening niet tot uitvoeringsproblemen: indien een in Japan gevestigde moedermaatschappij een onderneming drijft met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting en als moedermaatschappij wordt opgenomen in een fiscale eenheid, dan is een scala aan (antimisbruik)regels van toepassing.³⁸ Indien de vaste inrichting een resultaat van nihil behaalt, dan is deze door de wet geregelde situatie exact gelijk aan de hierboven beschreven fiscale eenheid. Door uitbreiding van deze (antimisbruik)regels – daarbij denk ik met name aan hfdst. VII Besluit Fiscale Eenheid 2003 – kan aantasting van de Nederlandse heffingsgrondslag op eenvoudige wijze worden voorkomen. Bovenstaande analyse is naar mijn mening evenzeer van toepassing op de in onderdeel 2.1.1 beschreven fiscale eenheid tussen een in Nederland gevestigde moeder- en kleindochtermaatschappij.

5.2 Toepassing op consolidatieregimes

Bovenstaande toepassing van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag op consolidatieregimes, zoals het Nederlandse fiscale-eenhedsregime, is niet onomstreden. 'Tegenstanders' van een dergelijke toepassing wijzen op het OESO-commentaar dat bepaalt dat het vijfde lid niet op zodanige wijze kan worden uitgelegd dat regels die gelden met betrekking tot binnenlandse ondernemingen (bijvoorbeeld consolidatieregimes) ook moeten worden toegepast op buitenlandse ondernemingen.³⁹ Ook stellen sommige auteurs dat de verboden discriminatie op individueel niveau moet worden bepaald. Daarbij mag geen rekening

worden gehouden met fiscale regels die op groepsniveau van toepassing zijn.⁴⁰ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat voor toepassing van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag een volledige 'carve-out' bestaat voor consolidatieregimes. Dit is volgens mij niet juist. Ik meen dat art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag inderdaad geen verplichting inhoudt om grensoverschrijdende consolidatie toe te staan, maar wel degelijk verplicht tot binnenlandse consolidatie indien het niet toestaan daarvan discriminatie op grond van (buitenlands) aandeelhouderschap oplevert.⁴¹

5.3 Openstaande vragen

Eén van de, wat mij betreft, openstaande vragen is of de rechtsvorm van de buitenlandse moedermaatschappij relevant is voor art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag. Art. 15, derde lid, onderdeel d, Wet VPB 1969 stelt een rechtsvormeis aan een in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Indien de in het buitenland gevestigde moedermaatschappij een rechtsvorm heeft die niet overeenkomt met één van de genoemde rechtsvormen, dan wordt de moedermaatschappij niet alleen vanwege haar woonplaats, maar ook vanwege haar rechtsvorm uitgesloten van de fiscale eenheid. In dat geval wordt de dochtermaatschappij dus niet alleen gediscrimineerd op basis van haar buitenlandse aandeelhouderschap.⁴² Kan de dochtermaatschappij zich in deze situatie met vrucht beroepen op art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag?

Art. 2, vierde lid, huidige verdrag tussen Nederland en Zwitserland kent een afwijkende 'tie-breaker', op grond waarvan een naar Zwitsers recht opgerichte AG ('Aktien-gesellschaft') met werkelijke leiding in Nederland, voor

37 Tot eenzelfde analyse komen bijvoorbeeld C. van Raad, noot 36, en G. Colot en S. Verschueren, noot 18.

38 Omwille van de leesbaarheid neem ik aan dat aan de vereisten van art. 15, derde en vierde lid, Wet VPB 1969 is voldaan. Zo blijven de dochtermaatschappijen, hoewel zij onder het fiscale-eenhedsregime worden aangemerkt als vaste inrichtingen van de buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij, op grond van art. 32, tweede lid, Besluit fiscale eenheid 2003 belastingplichtig voor hun wereldwinst. Zie art. 32 t/m art. 38 Besluit fiscale eenheid 2003.

39 Zie het Britse First-Tier Tribunal 24 maart 2010, TC/2009/12324 (FCE Bank PLC and the Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs), beschikbaar op bailii.org. Zie eveneens D. Francescucci, S. Grilli en W. Oepen, noot 26. Zie ook kanttekening 14 bij de OECD Discussion Draft (noot 31): 'the paragraph (GFB: art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) is similarly limited to the taxation of the enterprise itself and generally excludes issues related to the taxation of the group to which the enterprise belongs'.

40 Zie bijvoorbeeld G. Colot en S. Verschueren, noot 18, en J.G. O'Brien, 'The non-discrimination article in tax treaties', *Law and Policy in International Business* 1978, blz. 585.

41 Zie bijvoorbeeld art. 10 protocol van 1 juni 2006 bij het verdrag tussen Nederland en Duitsland; het arrest van het Britse First-Tier Tribunal 24 maart 2010, noot 38, par. 30, en J.F. Avery Jones en C. Bobbett, 'Interpretation of the Non-Discrimination Article of the OECD Model', *Bulletin for International Taxation* 2008/2, blz. 53-54.

42 In het arrest van de Zweedse Regeringsrätten, RÅ 1996 ref. 69 en 1998 ref. 49, nam de hoogste Zweedse rechter de rechtsvormhorde door een Duitse Kommanditgesellschaft auf Aktien enkel op relevante punten te vergelijken met een Zweedse joint-stock limited company om vervolgens te concluderen dat sprake was van 'soortgelijke ondernemingen'. Volgens K. Vogel, noot 21, dient de buitenlandse aandeelhouder vergeleken te worden met een binnenlandse aandeelhouder met een soortgelijke rechtsvorm.

verdragstoepassing als inwoner van Zwitserland wordt beschouwd.⁴³ Op grond van art. 15, derde lid, onderdeel c, Wet VPB 1969 kan de AG niet in de fiscale eenheid worden opgenomen omdat deze niet op grond van het verdrag met Zwitserland geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Indien een Zwitserse AG aandeelhouder is van twee Nederlandse zustermaatschappijen, betekent dit dan dat geen fiscale eenheid tot stand kan komen op grond van art. 10, vierde lid, verdrag tussen Nederland en Zwitserland (overeenkomend met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag) omdat de AG niet in een fiscale eenheid gevoegd had kunnen worden indien deze in Nederland was gevestigd? Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag verwijst naar 'inwoners van de andere verdragsluitende staat'. Moet dit worden uitgelegd naar nationaal recht of op basis van het verdrag, na toepassing van de 'tie-breaker'? En wat als de nationale wet, zoals art. 15, derde lid, onderdeel c, Wet VPB 1969, verwijst naar inwonerschap op grond van het verdrag?

eenheid mogelijk tussen een in Nederland gevestigde moedermaatschappij en haar middellijk gehouden kleindochtermaatschappij.

6 Tot slot

Een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustermaatschappijen, die worden gehouden door een niet in Nederland belastingplichtige moedermaatschappij, is op grond van de wet niet toegestaan. Momenteel wordt hevig gedebatteerd over de vraag of de vrijheid van vestiging ertoe dwingt een dergelijke fiscale eenheid toe te staan indien de moedermaatschappij in een EU-lidstaat is gevestigd. Hoe het ook zij, de vrijheid van vestiging is niet van toepassing op derde landen. Indien de moedermaatschappij gevestigd is in een derde land waarmee Nederland een verdrag heeft gesloten dat een met art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag overeenkomende bepaling bevat, kan naar mijn mening alsnog de gewenste fiscale eenheid tot stand komen. Immers, indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd, dan was een fiscale eenheid mogelijk geweest met de twee zustermaatschappijen. Nederland mag echter op grond van de in het desbetreffende verdrag met art. 7 OESO-modelverdrag overeenkomende bepaling de buitenlandse moedermaatschappij niet in de heffing betrekken. De gevoegde zustermaatschappijen kunnen daarom, in aansluiting op de bestaande wetsystematiek, worden behandeld als vaste inrichtingen van de als buitenlandse belastingplichtige aangemerkte moedermaatschappij. Op basis van art. 24, vijfde lid, OESO-modelverdrag is naar mijn mening eveneens een fiscale

⁴³ Ik neem aan dat de statutaire zetel van de AG zich in Zwitserland bevindt. Op 26 februari 2010 heeft de Minister van Financiën een nieuw verdrag met Zwitserland getekend. Dit verdrag bevat een OESO-conforme 'tie-breaker'.